

## **ENFANT ET DROITS FONDAMENTAUX**

D'ordinaire, on traite la question des droits fondamentaux dont l'enfant peut se prévaloir. Mais l'actualité la plus récente a mis en lumière un autre aspect, l'enfant n'est plus sujet du droit fondamental, l'enfant devient l'objet d'un droit fondamental, il faut aussi traiter la question du droit fondamental à avoir un enfant.

### **I. Les droits fondamentaux de l'enfant**

L'enfant est titulaire d'un certain nombre de droits qui ont tous une coloration plutôt protectrice de l'enfant. Il s'agit du droit de connaître ses parents, du droit à la protection et d'un droit à l'autonomie de l'enfant. Jusque récemment, on rangeait parmi les droits fondamentaux de l'enfant le droit pénal des mineurs qui était un droit pénal de protection, c'est-à-dire un droit pénal sans peine. L'évolution législative de l'ordonnance du 2 février 1945, évolution depuis les années 2000, a modifié l'esprit du droit pénal des mineurs. Le droit pénal des mineurs n'est plus un droit imprégné de protection.

#### **A. Le droit de connaître ses parents**

Le droit français est ici assez ambivalent. D'un côté, le droit français permet la recherche des parents génétiques. Depuis 1993, l'action en recherche de paternité naturelle a été simplifiée, au point qu'aujourd'hui la seule condition est de ne pas avoir de filiation paternelle établie par ailleurs, l'expertise biologique est de droit en matière de filiation. Articles 327 cciv et 321 (prescription de 10 ans).

Dans le même esprit, l'art 311-25 cciv indique que la filiation maternelle est établie par la simple mention de la mère dans l'acte de naissance. Coïncidence entre accouchement et maternité juridique.

2 hypothèses où l'enfant ne peut s'en prévaloir : la procréation médicalement assistée et l'accouchement sous X.

##### **1. La procréation médicalement assistée :**

Possible en cas de stérilité d'un ou des 2 parents. Un enfant peut être conçu par procréation médicalement assistée avec un tiers donneur. Cet enfant ne peut connaître l'identité de ce donneur. Principe d'anonymat du don de gamètes, art 16-8 cciv, L2141-6 CSP. Le cciv interdit l'établissement du lien de filiation juridique avec ce tiers donneur, art 311-19.

##### **2. L'accouchement sous X :**

###### **a. Le principe du droit de la mère au secret**

Reconnu par art 326 cciv : la mère peut demander le secret sur son identité lors de l'accouchement, peut aussi demander le secret sur son identité dès l'admission à la maternité. La législation relative à l'accouchement sous X a été jugée compatible avec l'article 8 de la CEDH, arrêt CEDH 13 février 2003 Odievre : RTDciv 2003 p.276 Jean Ozere et p.375 Marguenaud : pour la cour les Etats doivent bénéficier d'une large marge d'appréciation en raison du caractère complexe et délicat du problème. Ce caractère complexe résulte de la multiplicité des intérêts en cause. Il y a d'un côté la protection du secret de la mère et en face la demande légitime d'un enfant, droit de chacun à son histoire. Il y a aussi les liens familiaux

existants d'une part avec les parents adoptifs de l'enfant mais également avec les éventuels enfants de la mère biologique. Eu égard à l'ensemble de ces intérêts en conflit, la France n'a pas excédé la marge d'appréciation qui lui est reconnue. Le principe de l'accouchement sous X a été validé par la CEDH.

L'accouchement sous X avait jusqu'en 2002 un caractère irrémédiable.

#### b. Les tempéraments

La loi du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines vient tempérer les conséquences irrémédiables de l'accouchement sous X. L'article 222-6 du code de l'action sociale et des familles prévoit que toute femme qui accouche sous X est informée des conséquences de son acte, elle est invitée à laisser des renseignements sur sa santé, sur celle du père, sur les circonstances de la naissance, elle est invitée à remettre sous pli fermé son identité. Les plis fermés sont conservés par le conseil général et toute personne qui souhaite connaître ses origines peut s'adresser au conseil national pour l'accès aux origines personnelles (L147-1 CASF). Ce conseil joue un rôle de médiation entre la demande de l'enfant et la position de la mère. Il recueille la demande des enfants. Ensuite, il peut communiquer les informations données par les parents. Il recueille les autorisations maternelles de levée du secret d'identité. Quand il le peut le conseil a pour mission de contacter la mère pour vérifier sa volonté de préserver le secret.

L'accouchement sous X est une prérogative de la mère. Mais la question se pose de savoir si le père peut revendiquer l'enfant abandonné par sa mère.

Le droit du père à la paternité dans le cadre de l'accouchement sous X :

La loi du 22 janvier 2002 a instauré un article 62-1 du cciv, qui crée un mécanisme : le père peut saisir le procureur de la République pour qu'il recherche l'enfant dont la mère a accouché sous X. Ce faisant, c'est bien une entorse au principe du droit de la mère au secret. Cette procédure a été utilisée et a donné lieu à un arrêt du 7 avril 2006 RTDciv 2006 p.273 et p.292 : un père naturel qui avait retrouvé son enfant après un accouchement sous X à des parents adoptifs sur le point d'adopter l'enfant. La Ccass avait fait prévaloir le droit des parents adoptifs. Ccass va casser ces décisions en appliquant ces principes : la filiation naturelle est divisible, de sorte que si la mère s'oppose à la divulgation de son identité, cela n'empêche pas le père de faire reconnaître sa paternité. Le droit de l'enfant de connaître son père déclaré : ce droit est issu de l'article 7-1 de la convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant : *l'enfant a dès sa naissance et dans la mesure du possible le droit de connaître ses parents*. L'établissement du lien de filiation a été accepté par la Ccass. L'enfant n'a pas pu être adopté.

Application directe de l'article 7-1 de la convention des droits de l'enfant.

### **B. Le droit à la protection de l'enfant**

#### 1. Le droit d'être protégé de ses parents

Normalement les parents sont titulaires de l'autorité parentale. Exercice conjoint de l'autorité parentale : *Ensemble de droits et devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant*. L'autorité parentale sera aménagée dès lors que l'intérêt de l'enfant est compromis, le droit organise tout un dispositif pour palier les carences parentales. Loi du 5 mars 2007 réorganise le dispositif, Dalloz 2007 p.1090. La protection de l'enfance se fait d'abord par les services adm sous la responsabilité du conseil général, normalement toute mesure prise par ces acteurs nécessite

l'accord de la famille. Ces mesures ne viennent pas toucher à l'autorité parentale. Parfois, un palier est franchi, il faut recourir au juge. La loi de 2007 déclare l'intervention judiciaire subsidiaire à l'action des services sociaux. Le juge pourra aménager l'autorité parentale selon des modalités diverses. Le juge judiciaire peut prendre différentes mesures pour protéger l'intérêt de l'enfant.

Le juge peut retirer totalement l'autorité parentale, art 378 cciv, mesure décidée par le juge pénal en cas de crime ou en cas de crime et délit commis par le parent sur l'enfant.

Retrait total décidé par le JAF en cas de danger pour la sécurité, la moralité ou la santé de l'enfant, il faut une menace grave.

La délégation d'autorité parentale : une délégation forcée de l'autorité, décidée par le juge en cas de faute des parents, prononcée par le juge à la demande d'un tiers. Cette délégation peut être volontaire et ce sont les parents qui demandent à ce qu'une partie de cette autorité parentale soit déléguée à une tierce personne.

Les mesures d'assistance éducative : art 375s cciv, normalement ne touchent pas à l'intégrité de l'autorité parentale, ces mesures sont aujourd'hui le mode normal de protection de l'enfant en danger. Ces mesures sont prononcées pour une durée max de 2 ans, la condition est le danger pour l'enfant. Désignation d'un tiers pour assurer aide et conseil à la famille ; placement ; depuis loi 5 mars 07 mesure d'aide à la gestion du budget familial permet au juge de désigner un délégué aux prestations familiales en cas de mauvaise utilisation de ces prestations.

## 2. la protection contre le travail

Le droit du travail en France est né de cette volonté de protéger l'enfant contre le travail. Loi 22 mars 1841 interdit le travail des enfants en dessous de 8 ans. C'est la 1<sup>e</sup> loi sociale. Désormais, le travail est interdit en principe en dessous de 16 ans, ancien L211-1, avec des dérogations pour les stages d'information et de formation en entreprise (pas de contrat de travail), l'apprentissage junior créé par la loi sur l'égalité des chances qui autorise les enfants de 15 ans à être apprentis (contrat d'apprentissage = contrat de travail).

En droit international, la plus ancienne convention de l'OIT, convention n°5 de 1919 est la convention qui interdit le travail des enfants. Convention n°138 de l'OIT de 1973. Dans cette convention l'âge minimal pour travailler est de 13 ans.

## C. **Le droit de l'enfant d'être autonome vis-à-vis de ses parents**

Droit que l'enfant peut exercer seul. Ce sont principalement des droits extra patrimoniaux : droit de reconnaître un autre enfant. Droit de procéder à une IVG, art 2212-7 CSP. Droit autonome à refuser de se soumettre à une expérimentation, droit de refuser de procéder à un prélèvement de moelle osseuse. La minorité de l'enfant s'efface devant le droit de disposer de son corps.

L'autonomie de l'enfant se traduit aujourd'hui par le droit d'être entendu en justice. Droit reconnu par l'art 12-2 de la convention internationale des droits de l'enfant consacre le droit de l'enfant à être entendu dans toute procédure le concernant, art reconnu d'application directe dans l'arrêt 1<sup>e</sup> civ 18 mai 2005 note Petit, JCP 2005 II n°1081 10115. Convention de New York signée le 26 janvier 90, publiée par décret du 8 octobre 1990. Il a fallu attendre cet arrêt pour voir reconnaître l'applicabilité directe de l'art 12-2 et 3-1 : *dans toute décision le concernant, l'intérêt de l'enfant doit être la considération primordiale*. Art 388 cciv modifié pour que l'audition des mineurs soit une obligation pour le juge.

## II. **Le droit fondamental à l'enfant**

On assiste à l'émergence d'un véritable droit subjectif à avoir un enfant. Ce serait un droit opposable à tous. Ce droit a été protégé par la Cour EDH qui a jugé que le droit d'être parent constitue un aspect du droit à la vie privée, lui même protégé par l'art 8 de la CESDH. Ce caractère de droit subjectif se manifeste de manière positive dans le droit d'avoir un enfant à proprement parler, mais ce qui fait qu'il s'agit d'un droit subjectif c'est que la face négative de ce droit, le droit de ne pas avoir un enfant, connaît quelques traductions jurisprudentielles.

### **A. Droit d'avoir un enfant**

Le droit d'avoir un enfant se manifeste de 4 manières dans le droit positif. D'abord par le dispositif d'assistance médicale à la procréation ; émergence d'une possibilité d'adoption par une personne homosexuelle ; brèches qui s'ouvrent dans l'interdiction de la gestation pour autrui ; embryon de statut qui apparaît pour l'enfant non viable.

#### **1. L'assistance médicale à la procréation**

L'ensemble des règles est logé aux art L2141-1 du CSP.

Que recouvre l'assistance médicale à la procréation ? Conception in vitro de l'enfant et le transfert d'embryon. L'enfant doit normalement être conçu avec les gamètes d'au moins un membre du couple. Ce n'est qu'exceptionnellement que le droit accepte de recourir au transfert d'embryon qui n'est pas conçu par un au moins des membres du couple, dans ce cas il faut une décision de l'autorité judiciaire qui va examiner le consentement du couple donneur d'embryon et vérifier les conditions d'accueil de l'enfant.

Les conditions de l'assistance médicale à la procréation :

La demande doit émaner d'un couple qui doit présenter plusieurs caractéristiques. Les 2 membres doivent être vivants au moment de l'AMP. Le couple doit être en âge de procréer. Le couple doit être marié ou en union libre depuis 2 ans. L'opération doit être gratuite. Le couple doit être hétéro.

Est ce qu'un prisonnier peut recourir à l'AMP ? CEDH Dickson c/ Royaume Uni 4 décembre 2007, affaire n°44362/04, rendue en grande chambre : a reconnu le droit d'un prisonnier à recourir à l'AMP. Un prisonnier est condamné en 1994 à 30 ans avec 15 ans de sûreté. Il se marie avec une prisonnière libérée qu'il a rencontré par correspondance. En 2001 il demande à recourir à une insémination artificielle, car ils ne seront plus en âge quand il sera libéré. Le gouvernement britannique refuse. Pour la grande chambre, ce problème concerne bien le droit à la vie privée. Ce droit à la vie privée englobe le droit au respect de la décision de devenir parents génétiques. La grande chambre considère qu'il ne peut y avoir de privation automatique des droits reconnus par la convention contre les détenus, et ce même si cela peut heurter l'opinion publique. Par la suite la Cour EDH juge que le système anglais de dérogation ministérielle place *la barre trop haut*, et ce système ne permet pas un juste équilibre entre les intérêts privés et les intérêts publics en cause.

La 2<sup>e</sup> condition tient au motif valable. Ce motif peut être constitué par : une infertilité médicalement constatée ; éviter la transmission d'une maladie d'une particulière gravité.

A travers ces conditions, l'AMP est tellement encadrée qu'en tant que telle l'AMP ne permet pas de découvrir un droit subjectif à un enfant.

Les embryons surnuméraires : les membres du couple décident de recourir à une AMP peuvent consentir à la fécondation de plusieurs ovules qui seront congelés. Possibilité de créer

plus d'embryons que nécessaire. Pour différentes raisons ces embryons peuvent être à un moment inutiles pour le couple : le couple n'a plus de projet parental ; les conditions ne sont plus remplies. Les embryons surnuméraires peuvent faire l'objet d'une recherche médicale sous de stricte condition art 2141-4, ils peuvent également à titre exceptionnel être accueillis par un autre couple art 2141-5.

## 2. Adoption par homosexuel

### a. L'adoption par un homosexuel célibataire

Selon le cciv l'adoption peut être demandée par 2 époux art 343 ou par un célibataire art 343-1. De prime abord, l'adoption est donc ouverte au célibataire homosexuel. Reste que des obstacles administratifs peuvent se dresser sur la voie de l'adoption d'un enfant par un célibataire homosexuel. L'adoption d'un enfant abandonné ou orphelin est soumise à un agrément du futur adoptant par les services sociaux. Il a été jugé que le refus d'agrément peut être fondé sur l'homosexualité du demandeur jugée incompatible avec l'intérêt de l'enfant, affaire Fretté, CE 9 octobre 1996, note Mallauray Dalloz 1997 p.117, il avait choisi de dire aux services sociaux son homosexualité. Il va devant la CEDH qui ne condamne pas la France, arrêt CEDH du 26 février 2002. La cour ne condamne pas la France mais ne l'approuve pas vraiment. La cour déclare que les Etats sur cette question doivent disposer d'une grande marge d'appréciation en raison de l'absence de consensus que ce soit absence de consensus juridique ou l'absence de consensus scientifique, sur les méfaits ou l'indifférence de l'adoption par un homosexuel.

Mais cette solution est désormais obsolète depuis un arrêt du 22 janvier 2008 E.B c/ France n°43536/02. La CEDH a jugé que les considérations relatives à l'orientation de la requérante constituent une discrimination prohibée par la convention.

Le refus d'agrément n'était pas expressément et uniquement fondé sur l'homosexualité de la requérante, à la différence de l'affaire Fretté. La Cour dépasse des considérations apparemment neutres des services sociaux tels que *l'absence de référent paternel*, pour considérer qu'en réalité c'était l'homosexualité de la requérante qui fondait le refus d'agrément. La Cour dénonce l'homophobie bien pensante.

La Cour EDH a fait évoluer sa position sur la marge d'interprétation. Elle ne fait plus référence à l'absence de consensus et considère que la convention est un instrument vivant, par conséquent l'évolution des mœurs est telle que les Etats ne peuvent plus refuser l'adoption aux homosexuels.

### b. L'adoption des enfants du concubin ou du partenaire homosexuel

Dans le cas de l'adoption de l'enfant de l'autre membre du couple, il n'est pas besoin d'agrément. La filiation de l'enfant est déjà établie à l'égard d'un membre du couple.

La CCass dans cette situation a accepté une délégation partielle d'autorité parentale tout en refusant l'adoption.

- La délégation partielle de l'autorité parentale : cette délégation permet à un parent de saisir le juge pour désigner un tiers qui sera investi d'une partie de l'autorité parentale sans que le parent demandeur en soit privé. La Ccass a admis, dans un arrêt du 24 février 2006 RTDciv 2006 p.297 Hauser, le partage d'autorité parentale entre 2 partenaires homosexuels. Il y avait entre les partenaires (pacsées) une union stable et continue, et la mesure était conforme à l'intérêt de l'enfant car la mère délégante était susceptible d'être absente et qu'il fallait que la partenaire délégataire puisse prendre les décisions qui s'imposaient en l'absence de la mère

juridique. La Ccass prend en compte la réalité d'un couple homosexuel.

- Refus de l'adoption simple : pourquoi recourir à l'adoption simple ? L'adoption simple ajoute un lien de filiation sans supprimer le lien de filiation 1<sup>er</sup>. Mais l'adoptant simple devient seul titulaire de l'autorité parentale. Donc il faut trouver un système pour rendre au 1<sup>er</sup> parent l'autorité parentale perdue par l'effet de l'adoption simple : en recourant de nouveau à une délégation d'autorité parentale à la demande du parent adoptant. La 1<sup>e</sup> civ a refusé ce montage par 2 arrêts du 20 février 2007, non pas par une prise de position franche sur l'adoption homosexuelle, mais parce qu'elle considère que ce montage est une fraude à l'adoption, il n'y a pas de réelle volonté du 1<sup>er</sup> parent de consentir à l'adoption.

Pas sûr que cette décision puisse se maintenir depuis l'arrêt de la CEDH. Il serait étrange d'autoriser l'adoption par un homo qui ne connaît pas l'enfant, et de la refuser à un homo qui de fait peut déjà jouer le rôle de parent.

### 3. La gestation pour autrui

Par des arrêts AP 31 mai 1991 la Ccass a solennellement refusé toute procréation ou gestation pour le compte d'autrui. Solution reprise à l'article 16-7 du cciv.

On a vu apparaître une brèche dans cette interdiction, ouverte par un arrêt Capp Paris 25 octobre 2007 note Dalloz 2008 p.437. Des parents partent en Californie pour avoir des enfants grâce à une gestation de substitution, puis reviennent en France. En Californie ils ont obtenu un jugement qui établit leur filiation avec l'enfant. En France ils demandent la transcription sur les actes d'état civil français du jugement californien. La Capp accepte, la régularité du jugement californien n'est pas contestable, et il en va de l'intérêt de l'enfant. Arrêt frappé d'un pourvoi.

### 4. L'enfant non viable

Il ne s'agit pas précisément du droit d'avoir un enfant, mais du droit à une reconnaissance au moins partielle d'une filiation avec un enfant mort né. Arrêts 6 février 2008.

Avant les arrêts : Règles de l'article 79-1 cciv. Si l'enfant meurt à la naissance, c'est-à-dire avant d'être déclaré à l'état civil, l'officier d'état civil établit un acte de naissance et en même temps un acte de décès, mais pour qu'il y ait un véritable acte de naissance il faut qu'il soit produit un certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant et viable.

Si l'enfant n'est pas né vivant mais qu'il était viable, l'officier d'état civil établissait un acte d'enfant sans vie. Cet enfant sans vie n'a pas de personnalité juridique mais est indiqué sur les registres de l'état civil la date d'accouchement et le nom des père et mère. On pouvait donner un prénom à cet enfant.

Les enfants morts nés mais non viables n'étaient l'objet d'aucune considération. Quel était le seuil de la viabilité ? L'instruction générale relative à l'état civil se référait aux recommandations de l'OMS, la viabilité c'était 22 semaines d'aménorrhée (grossesse) et un poids minimum de 500g, sinon fœtus considéré comme déchet hospitalier.

Arrêts du 6 février 2008 pour que cette situation soit modifiée. Murat Droit de la famille n°3 2008, commentaire 34. L'établissement d'un acte d'enfant sans vie n'est pas subordonné au poids du fœtus ni à la durée de la grossesse.

Portée de ces arrêts : l'état civil n'a plus seulement une fonction de recensement et de contrôle des personnes, a désormais également une fonction de recueil de la mémoire des familles.

Pour certains, ce serait une remise en cause de l'avortement par la reconnaissance d'une personnalité juridique au fœtus.

Cette crainte ne porte pas car l'acte d'enfant sans vie ne confère aucune personnalité juridique à l'enfant. Au contraire, cet acte d'enfant sans vie pourrait être un complément pertinent dans certains cas des interruptions de grossesse. On reconnaîtrait à la femme à la fois le droit d'avorter et le droit de souffrir d'avoir avorté.

Reste que pour que le droit à l'avortement ne soit pas perturbé par ces arrêts du 6 février 2008 il faut absolument que l'acte d'enfant sans vie demeure une faculté ouverte aux parents et non une obligation. Pour l'heure il n'y a aucune raison pour que cela devienne une obligation.

## **B. Droit de ne pas avoir d'enfant**

Commence avec la contraception, loi Meuwirth de 1967 qui autorise la vente de contraceptifs sur prescription médicale.

Droit de la mère à l'avortement, droit du père à refuser sa paternité.

### **1. L'avortement**

Avortement légalisé par la loi Weil du 17 janvier 1975. Sont en jeu la liberté de la femme, reconnue comme fondement par le Conseil Constitutionnel dans décision 4 juillet 2001. est en jeu le droit de ne pas avoir d'enfant, le droit à la vie et le droit à la vie privée.

Interruption médicale de grossesse sans limitation de durée en cas de danger grave pour la santé de la mère et/ou en cas de maladie grave et incurable de l'enfant.

Interruption volontaire de grossesse L2212-1 CSP autorisée en cas de situation de détresse de la femme enceinte, appréciée par la femme uniquement, délai de 12 semaines.

Encore quelques signes de la tension qui règne dans ce domaine. Droit de tout membre du corps médical à refuser de pratiquer une IVG. Une sanction pénale fulminée contre toute personne qui a empêché ou tenté d'empêcher les interruptions de grossesse (interdiction d'accès aux locaux, menaces, intimidations, pressions morales).

### **2. Le refus de paternité**

Question qui est en train d'émerger en raison de la jp et de la pression sociale. 2 situations. Le triste sort des embryons congelés. Les pères qui ne veulent pas l'être.

3 notes de Hauser RTDciv 2008 n°1 p88 sur le refus de paternité.

#### **a. Le sort des embryons congelés**

Cette question a été évoquée dans une affaire de la CEDH 10 avril 2007 Evans, revue des contrats 2007 n°4 p 1321. Un couple britannique a eu recours à une AMP. A l'occasion de la visite médicale ils apprennent que la femme est atteinte d'un cancer ovarien. In extremis des ovules sont prélevés et fécondés par le sperme du compagnon. Ces embryons sont congelés, 15 jours plus tard la femme subit une ovariectomie bilatérale. En raison du cancer et du traitement, il fallait attendre 2 ans avant de pouvoir réimplanter les embryons. Entre temps la relation prit fin et l'homme retira son consentement à l'utilisation des embryons. Sur ce point la loi britannique est similaire à la française, la rétractation du consentement d'un des donneurs fait obstacle à toute transplantation des embryons. Les principes en jeu étaient le droit de devenir mère et le droit de refuser d'être père, et le sort des embryons traité sous l'angle du droit à la vie.

Sur le droit à la vie la CEDH fait un rappel de sa jp, estime qu'il n'y a pas de violation du

droit à la vie quand on jette un embryon congelé. Elle rappelle qu'en l'absence de consensus sur cette question le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des Etats membres.

Sur le droit de devenir mère et le droit de ne pas être père, la CEDH traite cette question sous l'angle du droit à la vie privée. Le droit à la vie privée recouvre le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent. Il n'y a pas de consensus européen sur l'équilibre à trouver entre ces 2 droits en conflits. Les dispositions de droit interne, la sécurité juridique sur ce point est assurée, le droit britannique est sans ambiguïté sur les conséquences du retrait du consentement. Donc la femme est au courant des risques et de la possibilité d'un retrait du consentement. CEDH indique que la solution britannique ménage un juste équilibre entre les intérêts en conflit.

Au final c'est le droit de ne pas être père qui est ici reconnu par la CEDH.

#### b. Les pères qui décidément ne veulent pas devenir père

Une affaire de responsabilité de la mère qui a caché sa grossesse à son partenaire sexuel et une affaire de mère qui cache sa grossesse dans le cadre d'un couple marié.

Capp Orléans 21 mars 2006, Ccass rejet 12 juillet 2007 n°06.16-869, RTDciv 2008 Hauser p91. Un homme et une femme se rencontrent par petite annonce. Leur histoire dure un mois et cesse le jour où elle annonce qu'elle est enceinte, en 1992. En 2000, la mère assigne le père en recherche de paternité naturelle et pension alimentaire. L'expertise est de droit en matière de filiation. Il refuse l'expertise biologique en disant que c'est une atteinte intolérable à sa liberté. Ccass rend un 1<sup>er</sup> arrêt qui valide le raisonnement des juges du fond considérant cet homme comme le père naturel.

Parallèlement en 2000 il agit contre la mère en responsabilité car elle a commis une faute en lui laissant croire qu'il pouvait avoir des relations sexuelles non protégées sans risques d'avoir un enfant. Elle a commis une 2<sup>e</sup> faute en ne prenant pas les mesures qui s'imposaient le lendemain du rapport. Elle se défend en arguant que sa faute n'est pas démontrée et qu'il a lui-même manqué de prudence et de vigilance.

La Capp ne va pas sur le terrain de la faute. Elle va se placer sur le terrain du préjudice. Elle dit qu'il n'y a pas de préjudice démontré car la vie d'un enfant n'est pas un préjudice. Elle ajoute que c'était à lui de prendre ses responsabilités afin d'éviter toute procréation et qu'il ne rapportait pas la preuve de la faute de la mère.

L'arrêt de la Ccass est moins intéressant. C'est une occasion manquée de prendre partie sur le cœur de la solution de la Capp, sur la question de savoir si le simple fait de devenir père peut constituer un dommage. La Ccass se retranche derrière l'absence de preuve relevée par la Capp, et relève la faute de l'homme en relevant qu'il a consenti à avoir un rapport sexuel non protégé dès leur 1<sup>e</sup> rencontre, et qu'il est un homme sexuellement expérimenté à qui il incombait de prendre les mesures propres à éviter toute procréation.

Capp Nîmes 21 mars 2007, Jean Hauser RTDciv p.91. Dans le cadre d'un divorce pour faute le mari est condamné au tort exclusif par la juridiction de 1<sup>er</sup> degré, en raison de son adultère. Il interjette appel en faisant valoir que sa femme lui a fait un enfant dans le dos. Capp va infirmer la décision des 1<sup>ers</sup> juges et prononcer un divorce aux torts partagés. 2 séries de considérations qui ont emporté la décision de la Capp. La conception d'un enfant est un choix commun du couple, il y a une déloyauté dans le couple à faire un enfant toute seule. Le couple avait déjà perdu 2 enfants dans les 1<sup>ers</sup> mois de leur naissance, dans ces circonstances le refus du mari était légitime. En substance le droit de ne pas avoir d'enfant trouve ici un appui dans les règles du mariage. Mais ne trouve pas de secours dans les règles générales de la



responsabilité civile.